

**А. Оборотова,**

соискатель кафедры хозяйственного права и хозяйственного процесса  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

## ПЕРСПЕКТИВЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

Актуальность темы связана с расширением использования в хозяйственном праве Украины наряду с нормативно-правовыми актами и нормативными договорами такого источника права, как правовой обычай, в его развертывании в виде торгового обычая, делового обычая и делового обыкновения, которые позволяют более ситуативно осуществлять правовое регулирование в хозяйственной сфере.

Проблематика правового обычая имеет разнообразную характеристику среди ученых, от представителей общетеоретической юриспруденции и сравнительного правоведения до отраслевой, в частности, хозяйственно-правовой науки. Среди специалистов, посвятивших свои разработки проблематике правового обычая, выделим: С. С. Алексеева, О. А. Беляневич, Р. Давид, В. В. Дудченко, С. Ю. Краснова, М. Н. Марченко, К. Осаке, О. П. Подцерковного, О. Ф. Скакун, Н. Е. Толкачеву, К. Цвейгерта, В. В. Чайковскую и др.

Несмотря на имеющиеся разработки правового обычая, остаются спорными вопросы разграничения обычая и правового обычая, не исследованы возможности не только использования правового обычая в традиционной (классической) форме, но и новейшие тенденции формирования и реализации правового обычая в его различных видах, письменной и устной формах, не обозначены особенности воздействия правовых обычаев на хозяйствующих субъектов, их правовые связи и отношения.

Заметим, что вопрос о понятии, содержании и системе источников права в юриспруденции является одним из традиционных в исследовательской деятельности и в процессе подготовки

юристов. При этом характерна привязка проблематики источников права к государству. Так известный теоретик права С. С. Алексеев пишет, что источник права — это исходящие от государства или им признаваемые документальные способы выражения и закрепления норм права, придания им юридического значения. По мнению ученого, официальный публичный характер источникам права придается путем правотворчества, когда нормативно-правовые акты издаются государственными органами, и путем санкционирования, когда государственные органы одобряют социальные нормы (обычай, корпоративные нормы), что придает им юридическую силу [1, 76–77].

Понимая уязвимость такой трактовки связи государства с источниками права, М. Н. Марченко разграничивает источники права на источники позитивного права и источники естественного права [2, 58, 77]. Однако такое разделение лишь усложняет восприятие проблематики источников права, с одной стороны, а с другой — сохраняет, по сути, устоявшуюся трактовку государственной обусловленности существования источников права. Действительно, разделяя источники позитивного права на те, которые формируются благодаря государственной воле, и те, которые формируются благодаря воле авторитета той или иной общественной среды, неизбежно признается существование последних через предварительную или последующую санкцию государства.

При рассмотрении особенности правовой системы Украины в новом учебнике по сравнительному правоведению под редакцией А. В. Петришина среди источников украинского права назва-

ны: нормативно-правовые акты, правовые обычаи, судебный прецедент, правовая доктрина и общие принципы права [3, 55–56]. Здесь авторы уже не связывают источники права с их предварительным или последующим государственным санкционированием, что открывает дорогу правовому плюрализму и использованию такого традиционного источника права, как правовой обычай в его различных вариантах.

Для характеристики современного права используется совокупность выработанных юриспруденцией аксиоматических начал, которые именуются постулатами права. Среди этих постулатов права получил признание такой постулат, который именуется правовым плюрализмом, выступающий как признание наличия в правовой жизни общества разнообразных источников права, их системы и определенной иерархии [4, 54]. В настоящее время в Украине правовой обычай только получает свое утверждение в качестве самостоятельного и весьма значимого источника права. В системе источников украинского права в то же время справедливо отмечается (В. В. Дудченко), что в перспективе нужно ожидать закрепления все новых обычаев наряду с нормативно-правовыми актами среди источников украинского права [5, 157].

Современные представления о правовом обычае и его роли в формировании и развитии права существенным образом корректировались в связи с вопросами возникновения права и государства, а также их соотношения в различных культурах и цивилизациях. Можно согласиться с В. Г. Графским, который пишет, что право в своем социальном назначении и историческом воплощении проходит две основные стадии формирования и эволюции: стадию правового обычая (в догосударственном и государственном состоянии) и стадию законного права (государственно установленного и санкционированного закона). При этом и правовой обычай, и законное право возникают как мера свободы, справедливости, равенства, обеспечивая порядок, состояние и соци-

альную целостность участников общения [6, 10].

Сегодня можно констатировать значительное различие в отношении к правовому обычаю не только в тех правовых семьях, которые существуют в настоящее время, но даже в правовых системах, принадлежащих к одной правовой семье.

В семье романо-германского права при общем признании обычая как первичного источника права в системе иных источников на практике обычай имеет скромное значение и различается его использование в отдельных правовых системах. Так, если в правовой системе Испании обычай не только весьма важный, но и первичный источник права, то в правовой системе Франции роль обычая в теоретическом и практическом плане незначительна [2, 484–486].

Более широкое признание и использование правового обычая выражено в семье общего права. Как отмечает К. Осаке, в английском праве используется три разновидности обычая как источника права: старинный обычай, торговый обычай и обычай, в то время как в праве США источником права является только торговый обычай [7, 86].

При характеристике правового обычая как источника права важное значение имеет проблематика отношения обычая и государственной власти. Сложившаяся в современную эпоху монополия государства на право, в частности, выражается в том, что обычай становится источником права лишь при условии признания его государственной властью (так называемое санкционирование обычая), после чего обычай становится правовым обычаем. Другой подход выражен в том, что он является правовым обычаем изначально, вне связи с каким бы то ни было санкционированием.

В этой связи перспективной видится позиция Н. Е. Толкачевой, которая связывает разграничение неправового обычая и правового обычая с их содержанием. Здесь правовыми обычаями являются только те, которые содержат в себе нормы, устанавливающие права и свободы одних и, соответственно, ог-

раничивающие права и свободы других, т.е. выходят на характерную для права связь прав и обязанностей [8, 79].

Как отмечает О. Ф. Скакун, в семье романо-германского права превращение обычая в правовой обычай связано с молчаливым согласием государства на его применение, а также фактическим рассмотрением дела на основе обычного права, фактическом закреплении обычаев в нормативно-правовых актах. В то же время в семье общего права английские суды при рассмотрении дел признают тот обычай, который:

- а) существует с древних времен (по крайней мере, с XII столетия);
- б) установлен самой социальной средой, а не навязан силой;
- в) является разумным;
- г) не противоречит законам [9, 142, 203].

В курсе лекций по хозяйственному праву В. В. Чайковской (2012 г.) среди источников хозяйственного права выделены: хозяйственное законодательство, нормативный договор, деловые обычаи, судебная практика и юридическая доктрина [10, 23].

Отмеченное позволяет констатировать, что в системе источников права Украины и хозяйственного права в частности признается самостоятельный статус правового (делового) обычая. Вместе с тем, как отмечается в литературе по хозяйственному праву, правовой обычай не занимает равноправное место с хозяйственным законодательством и нормативными договорами, а используется субсидиарно. Кроме того, деловой обычай приобретает юридическое значение только для конкретных договоров в случае ссылки на них контрагентов. С другой стороны, среди специалистов признается, что такая разновидность делового обычая, как Правила Инкотермс, по сути стоят на одном уровне с актами хозяйственного законодательства [10, 25].

Как отмечает О. А. Беляневич, под обычаем делового оборота следует понимать такую социальную норму, которая складывается в определенной сфере хозяйственно-предпринимательской

деятельности вследствие постоянного или унифицированного её применения (повторения), обеспечивается авторитетностью участников и воспринимается как обязательная для применения (соблюдения) в этой сфере. По мнению О. А. Беляневич, ст. 7 ГК Украины является примером рамочного санкционирования, поскольку обычай опирается на гражданско-правовые отношения в целом, а обычай делового оборота на сферу предпринимательской деятельности [1, 236].

Обычай делового оборота в Малой энциклопедии частного права (2011 г.) определяется как правило поведения общего характера, которое сформировалось вследствие его многократного использования субъектами гражданского права на протяжении длительного времени. При этом указано, что сфера применения обычая не ограничивается какими-либо гражданско-правовыми отношениями.

В учебнике Хозяйственное право Украины под редакцией О. П. Подцерковного говорится, что использование обычая в хозяйственном праве обусловлено существованием многих норм Хозяйственного кодекса Украины. В частности, этому посвящены: ст. 32 — торговые и иные используемые обычаи, ст. 193 — условия, которые обычно применяются, ст. 199 — виды обеспечения обязательств, которые обычно используются в хозяйственном (деловом) обороте, ст. 344 — банковский обычай, и др. Как отмечают авторы учебника, в хозяйственном праве обычай используется при установлении «разумных критериев» сроков, качества, количества и других общепринятых условий в обязательствах сторон [11, 48–49].

Можно сделать вывод, что в настоящее время требуется развернутая характеристика проблематики использования правового обычая в хозяйственном праве, определения его разновидностей в формах правового обычая, делового обычая, торгового обычая, обычая делового оборота, делового обыкновения и принятого порядка. Определенность в понимании выделенных вариантов пра-

нового обычая в хозяйственном праве позволит добиться более четкого их использования в различных хозяйственно-правовых ситуациях.

Особенность правового обычая как неписаного правила, освященного традицией, целевое назначение которого — сохранение социальной гармонии, делает этот источник права важнейшим средством достижения компромисса [13, 113]. Потому так значима ценностная характеристика правового обычая и определение возможностей более широкого его использования, в частности, в сфере хозяйственного права.

Понятно, что ценностная характеристика правового обычая в первую очередь связана с тем, в какой правовой семье он используется как источник права. При этом ценность правового обычая в наибольшей степени выражена в семье обычного права, где обычай — определяющий источник права. Здесь даже если речь идет о правовом плюрализме, то все другие источники права занимают подчиненное место в иерархии используемых источников права. Таким образом, в правовой семье обычного права обычай как источник права является высшей ценностью, можно даже сказать, что он обладает сверхценностью.

Как известно, в правовой системе Украины определяющим источником права выступает нормативно-правовой акт, который в системе используемых источников права — нормативных договоров, судебных прецедентов, правовых обычаев — играет ведущую роль и таким образом обладает высшей ценностью. Заметим, что ценность всех других источников права в украинском праве соотносится с ценностью основного источника и во многом связана с тем, как определено замещение этого основного источника другими источниками права.

На примере такого источника права, как правовой обычай, можно проследить ситуацию замещения основного источника права (нормативно-правового акта) правовым обычаем и, в соответствии с этим, определить ценность правового обычая в соответствующей

правовой системе. Отметим, что именно по этому основанию правовые обычаи разграничивают на три разновидности [14, 94–95].

Прежде всего, это правовые обычаи, которые действуют «кроме закона», то есть они применяются там, где отсутствует регулирование с помощью нормативно-правовых актов. Статья 1 ГК Швейцарии предусматривает, что при отсутствии соответствующих законодательно установленных положений (норм), регулирующих вызвавших спор общественных отношений, судья решает его на основе норм обычного права.

Вторая разновидность использования правового обычая, когда они выступают как «дополнение к закону». Так, в законодательстве Франции предусмотрено, что обычай может использоваться в дополнение к законодательным положениям.

Третья разновидность использования правового обычая характеризуется как «действие против закона», то есть это ситуация, когда применяется правовой обычай, противоречащий закону. Функционирование такого правового обычая, конечно же, не закрепляется в законодательстве, а, наоборот, принимаются нормы, направленные против возможности действия правового обычая. Для примера, в законодательстве Италии прямо отмечается, что обычай как источник права находится в подчиненном состоянии к другим источникам права и не может противоречить статуту.

Отмеченные три варианта использования правового обычая означают признание разной их значимости (ценности) по отношению к такому источнику права, как нормативно-правовой акт. В Украине используется правовой обычай в такой его ценностной характеристике, как дополнение к закону. Так, в хозяйственном праве Украины признается самостоятельный статус правового (делового) обычая, который, однако, не занимает равноправное место не только с таким источником права, как хозяйственное законодательство, но и в сфере действия нормативных договоров он используется субсидиарно.

Вместе с тем в хозяйственном праве Украины предусмотрены ситуации, когда правовой (деловой) обычай признается в качестве правовой ценности, стоящей в ценностной иерархии в одном ряду с нормативно-правовыми актами и договорами. К примеру, в ч. 4 ст. 265 ХК Украины предусмотрено, что условия договоров поставки должны излагаться сторонами в соответствии с требованиями Международных правил по толкованию терминов «Инкотермс».

Известно, что правила «Инкотермс» рассматриваются как разновидность делового обычая. Следовательно, в этой ситуации законодательно предусмотрен иной вариант использования правового обычая как действующего «кроме закона».

Видимо, дальнейшая ценностная характеристика правового обычая как источника права в Украине должна быть связана с его использованием по двум направлениям: в закрытых нормативных сферах, как «дополнение к закону» (субсидиарно), и для правового регулирования открытых нормативных сфер — «кроме закона».

Сегодня наблюдается все большая специализация правового обычая применительно к различным сферам и отраслям правового регулирования. Так, для отрасли хозяйственного права характерно использование правового обычая в форме делового обычая.

Ценностная характеристика правового обычая предполагает не только выделение делового обычая (обычая делового оборота), но и торгового обычая, который по своему объему уже делового обычая. Кроме того разграничивается деловой обычай и деловое обыкновение. Так, до тех пор, пока правила «Инкотермс» рассматривались как имеющие рекомендательный характер, они выступали в качестве деловых обыкновений. Когда же правила «Инкотермс» приобрели императивный характер, они перешли в разряд деловых обычаев. Таким образом, ценностное разграничение делового обычая и делового обыкновения проходит по линии обязательности и необязательности содержащихся в этих

источниках норм. Как отмечают специалисты, в настоящее время достаточно часто деловые обыкновения перерастают в деловые обычаи.

Отметим, что в современном украинском праве не только происходит расширение сферы использования правовых обычаев как источников права, но и складывается ценностная иерархия используемых вариаций правового обычая.

В целом же можно заключить, что для правовой жизни современной Украины правовой плюрализм означает не только признание использования системы источников права, но и утверждение правового обычая во многих сферах, в том числе в такой значимой для социального бытия, как хозяйственная сфера, где правовой обычай становится все более эффективным средством регулирования, координации и достижения компромисса.

**Ключевые слова:** источники права, обычай, правовой обычай, обычай в хозяйственном праве, деловой обычай, деловые обыкновения, ценность правового обычая, перспективы правового обычая.

*В статье рассматривается правовой обычай как источник современного права с позиций особенностей правового обычая в хозяйственной сфере. Разграничены деловой обычай и деловые обыкновения, дана ценностная характеристика правового обычая и обозначены перспективы использования обычая в хозяйственном праве.*

*У статті розглядається правовий звичай як джерело сучасного права з позицій особливостей правового звичая в господарській сфері. Розмежовані діловий звичай і ділові звичаї, дана ціннісна характеристика правового звичая і окреслені перспективи використання звичая в господарському праві.*

*The article deals with the custom as a source of modern law from the standpoint of legal custom features in the*

*economic law. Business practice and business custom are differentiated, legal custom value characteristics are given and prospects of custom in business law are identified.*

**Литература**

1. Алексеев С. С. *Право: азбука — теория — философия : опыт комплексного исследования* / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 712 с.

2. Марченко М. Н. *Источники права : учеб. пособие* / М. Н. Марченко. — М. : Проспект, 2005. — 760 с.

3. *Порівняльне правознавство : підручник* / за заг. ред. О. В. Петришина. — Х. : Право, 2012. — 272 с.

4. *Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс : учебник* / под ред. Ю. Н. Оборотова. — О. : Фенікс, 2011. — 436 с.

5. *Введение в украинское право* / под ред. С. В. Кивалова, Ю. Н. Оборотова. — О. : Юрид. л-ра, 2005. — 616 с.

6. Графский В. Г. *История политических и правовых учений : учебник* / В. Г. Графский. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2007. — 608 с.

7. Осаке К. *Сравнительное правоведе-*

*ние в схемах: Общая и особенная часть : учеб. пособие* / К. Осаке. — 2-е изд. — М. : Дело, 2002. — 464 с.

8. Толкачова Н. Є. *Звичаєве право : навч. посіб.* / Н. Є. Толкачова. — К. : Київ. ун-т, 2005. — 367 с.

9. Скакун О. Ф. *Общее сравнительное правоведение: Основные типы (семьи) правовых систем мира : учебник* / О. Ф. Скакун. — К. : Ін Юре, 2008. — 464 с.

10. Чайковська В. В. *Господарське право : курс лекцій* / В. В. Чайковська. — О. : Астропринт, 2012. — 408 с.

11. Беляневич О. А. *Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія* / О. А. Беляневич. — К. : Юрінком Інтер, 2006. — 592 с.

12. *Господарське право : підручник* / за заг. ред. О. П. Подцерковного. — Х. : Одісей, 2010. — 640 с.

13. Цвайгерт К. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы : пер с нем.* / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — М. : Международ. отношения, 1995. — 480 с.

14. Давид Р. *Основные правовые системы современности* / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — М. : Международ. отношения, 1996. — 400 с.

УДК 347.453.3

**Ю. Коросташивець,**

здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ГОТЕЛЬНИХ ПОСЛУГ**

Стаття 42 Конституції України встановлює, що держава гарантує захист прав споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт. Ця норма Основного Закону безпосередньо стосується захисту прав споживачів готельних послуг.

В Україні захист прав споживачів був предметом наукових дослід-

жень Л. М. Іваненко, С. А. Косінова, Г. А. Осетинської, О. П. Письменної, Ю. Ю. Рябченко [1–5]. Проте питання захисту прав споживачів туристичних, готельних послуг залишаються поза увагою цих та інших дослідників. Однак, як свідчить судова практика, спорів у цій сфері наразі забагато. З огляду на це стає актуальним вивчення законодавства з питань захисту прав споживачів